

**BAB II**

**LANDASAN TEORI TENTANG UPAYA DAMAI DALAM PERKARA  
PERDATA CERAI GUGAT**

**A. Upaya Damai dalam Hukum Positif**

**1. Mediasi**

Kata mediasi berasal dari bahasa Inggris *mediation*, yang artinya penyelesaian sengketa dengan menengahi.<sup>1</sup> Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, mediasi adalah proses mengikutsertakan pihak ketiga dalam penyelesaian suatu perselisihan sebagai penasehat.<sup>2</sup> Dalam UU No. 30 Tahun 1999 dan penjelasannya tidak ditemukan pengertian mediasi, namun hanya memberikan keterangan bahwa jika sengketa tidak mencapai kesepakatan, maka sengketa bisa diselesaikan melalui penasehat ahli atau mediator.<sup>3</sup>

Kemudian secara tegas Peraturan Mahkamah Agung No. 2 Tahun 2003 pasal 1 ayat (6) menjelaskan bahwa “*mediasi adalah penyelesaian sengketa melalui proses perundingan para pihak dengan dibantu oleh mediator*”.

---

<sup>1</sup> John M. Echols dan Hassan Shadily, *Kamus Inggris-Indonesia*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, Cet. XIX., 1993, hlm. 377.

<sup>2</sup> Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, 2003, Cet. 3, hlm. 569.

<sup>3</sup> Bunyi pasal 6 ayat (3) UU N. 30 Tahun 1999 adalah “dalam hal sengketa atau beda pendapat sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) tidak dapat diselesaikan, maka atas kesepakatan tertulis para pihak, sengketa atau beda pendapat diselesaikan melalui bantuan seorang atau lebih penasehat ahli maupun melalui mediasi”.

Pengertian cukup luas disampaikan oleh Gary Goodpaster sebagai berikut:<sup>4</sup>

“Mediasi adalah proses negosiasi sebagai pemecahan masalah dimana pihak luar yang tidak memihak (*impartial*) dan netral bekerja dengan pihak yang bersengketa untuk membantu mereka memperoleh kesepakatan perjanjian dengan memuaskan. Berbeda dengan hakim atau arbiter, mediator tidak mempunyai wewenang untuk memutuskan sengketa antara para pihak. Namun, dalam hal ini para pihak menguasai kepada mediator untuk membantu mereka menyelesaikan persoalan-persoalan diantara mereka. Asumsinya para pihak ketiga akan mampu mengubah kekuatan dan dinamika sosial hubungan konflik dengan cara mempengaruhi pengetahuan dan informasi, atau dengan menggunakan proses negosiasi yang lebih efektif. Dan dengan demikian membantu para peserta untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang dipersengketakan”.

Dari pengertian di atas, maka dapat disimpulkan bahwa mediasi adalah penyelesaian sengketa secara damai dengan bantuan pihak ketiga yang disebut mediator, dan dalam menjalankan ia harus bersikap adil, netral (tidak memihak) serta ia tidak berwenang untuk memutuskan karena hanya berperan sebagai mediator.

Dalam menyelesaikan sengketa, mediator harus memenuhi persyaratan sebagai berikut:<sup>5</sup>

- a. Disetujui oleh para pihak yang bersengketa;
- b. Tidak mempunyai hubungan keluarga sedarah/ semenda sampai derajat kedua dengan salah satu pihak yang bersengketa;

---

<sup>4</sup> Gary Goodpaster, *Negosiasi dan Mediasi: Sebuah Pedoman Negosiasi dan Penyelesaian Sengketa Melalui Negosiasi*, Jakarta: Ellips Project, 1993, hlm. 73.

<sup>5</sup> Muhammad Saifullah, *Mediasi Dalam Tinjauan Hukum Islam dan hukum Positif di Indonesia*, Cet. I, Semarang: Walisongo Press, 2009, hlm. 78.

- c. Tidak memiliki hubungan kerja dengan salah satu pihak yang bersengketa;
- d. Tidak mempunyai kepentingan secara finansial atau kepentingan lain terhadap kesepakatan para pihak;
- e. Tidak mempunyai kepentingan terhadap proses perundingan yang berlangsung maupun hasilnya.

Syarat umum di atas sangat penting agar hasil mediasi dapat memuaskan pihak-pihak yang bersengketa. Dalam Perma, seorang mediator adalah pihak yang bersifat netral dan tidak memihak, yang berfungsi membantu para pihak dalam mencapai berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa (pasal 1 poin 6). Agar dapat menjalankan tugasnya dengan baik, maka mediator adalah orang yang telah dilatih dan memiliki sertifikat sebagai mediator.

Dalam melaksanakan profesinya, keberadaan mediator sangat penting dalam proses mediasi. Ia memiliki peran dalam menciptakan kedamaian. Sesuai dengan definisinya bahwa mediator adalah seorang fasilitator yang menjadi penengah dalam sengketa. Dalam menjalankan fungsinya sebagai mediator, ia memiliki tugas utama, yaitu:<sup>6</sup>

- a. Mempertemukan kepentingan-kepentingan yang saling berbeda agar mencapai titik temu yang dapat dijadikan sebagai pangkal tolak pemecahan masalah.

---

<sup>6</sup> Rachmadi Utsman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2003, hlm. 90.

- b. Membantu para pihak yang bersengketa untuk memahami persepsi masing-masing.
- c. Mempermudah para pihak saling memberikan informasi.
- d. Mendorong para pihak berdiskusi terhadap perbedaan kepentingan dan persepsi.
- e. Mengelola para pihak dalam bernegosiasi dengan suasana sejuk dan menjauhkan dari sikap emosi.
- f. Mendorong para pihak dalam bernegosiasi dalam mewujudkan perdamaian dengan hasil *win-win solution*.

Howard Raiffa sebagaimana dikutip oleh Rachmadi Utsman melihat bahwa peran mediator sebagai sebuah garis rentan dari sisi peran yang terlemah hingga sisi peran yang terkuat. Sisi peran terlemah apabila mediator hanya menjalankan peran-peran sebagai berikut:<sup>7</sup>

- a. Penyelenggara pertemuan;
- b. Pemimpin diskusi yang netral;
- c. Pemelihara aturan-aturan perundingan agar perdebatan dalam proses perundingan berlangsung secara beradab;
- d. Pengendali emosi para pihak; dan
- e. Pendorong pihak atau peserta perundingan yang kurang mampu atau segan untuk mengungkapkan pandangannya.

Adapun sisi peran kuat mediator jika ia melakukan hal-hal berikut dalam perundingan:

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, hlm. 95.

- a. Mempersiapkan dan notulasi perundingan;
- b. Merumuskan dan mengartikulasikan kesepakatan para pihak;
- c. Membantu para pihak agar menyadari bahwa sengketa bukan sebuah pertarungan yang harus dimenangkan, melainkan untuk diselesaikan;
- d. Menyusun dan mengusulkan berbagai pilihan pemecahan masalah; dan
- e. Membantu para pihak untuk menganalisis berbagai pilihan pemecahan masalah.

Menurut Gary Goodpaster, mediator memiliki peran besar, seperti menganalisa dan mendiagnosis sengketa. Oleh karenanya, menurutnya mediator memiliki peran penting, yaitu melakukan diagnosis konflik, identifikasi masalah serta kepentingan-kepentingan kritis, menyusun agenda, memperlancar dan mengendalikan komunikasi, mengajar para pihak dalam proses dan ketrampilan bargaining, membantu para pihak dalam mengumpulkan informasi penting, menyelesaikan masalah dengan beberapa pilihan, dan mendiagnosis sengketa sehingga memudahkan dalam *problem solving*.<sup>8</sup>

Dengan demikian, maka seorang mediator tidak hanya bertindak sebagai penengah belaka penyelenggara dan atau pemimpin, tetapi ia juga harus membantu para pihak untuk mendesain penyelesaian sengketanya, sehingga dapat menghasilkan kesepakatan bersama. Melihat begitu besarnya peran mediator, maka pelatihan mediator sangat penting.

---

<sup>8</sup> Gary Goodpaster, *Op. Cit.*, hlm. 39.

## 2. Konsiliasi

Dalam terminologi Indonesia, konsiliasi diartikan usaha mempertemukan keinginan pihak yang berselisih untuk mencapai persetujuan dan menyelesaikan perselisihan itu. Pengertian konsiliasi sebagai salah satu lembaga APS hanya dijumpai pada undang-undang APS pasal 1 poin 10. kata konsiliasi berasal dari bahasa Inggris “conciliation” yang artinya tindakan mendamaikan.

Konsiliasi juga merupakan suatu proses penyelesaian sengketa diantara para pihak dengan melibatkan pihak ketiga yang netral dan tidak memihak. Hanya saja peranan yang dimainkan oleh seorang mediator dengan konsiliator yang berbeda. Sungguhnya dalam praktek antara istilah mediasi dan konsiliasi sering saling dipertukarkan.

Konsiliasi bisa bersifat sukarela, tetapi juga ada yang bersifat wajib. Konsiliasi wajib adalah konsiliasi yang wajib dijalankan terlebih dahulu (diwajibkan oleh undang-undang) sebelum perkara misalnya diajukan ke pengadilan. Di banyak negara, konsiliasi wajib misalnya dalam bidang perselisihan perburuhan, perceraian, dan lain sebagainya.

Jika pihak yang bersengketa tidak mampu merumuskan suatu kesepakatan dan pihak ketiga yang mengajukan usulan jalan keluar sebagai penyelesaian, proses ini disebut dengan konsiliasi. Proses penyelesaian model ini mengacu pada pola penyelesaian secara konsensus yaitu pihak netral dapat berperan secara aktif maupun secara pasif. Pihak yang bersengketa harus menyatakan persetujuan atas usulan pihak ketiga

tersebut dan menjadikannya sebagai kesepakatan dalam penyelesaian sengketa.<sup>9</sup>

### 3. Negosiasi

Negosiasi adalah salah satu strategi penyelesaian sengketa, dimana para pihak setuju untuk menyelesaikan persoalan mereka melalui proses musyawarah, perundingan atau “urung rembug”. Proses ini tidak melibatkan pihak ketiga, karena para pihak atau wakilnya berinisiatif sendiri menyelesaikan sengketa mereka. Para pihak terlibat secara langsung dalam dialog dan prosesnya. Meskipun demikian, ketika konfrontasi meningkat antara para pihak, sehingga sulit melakukan negosiasi, maka penyelesaian sengketa dapat ditempuh melalui alternatif lain, seperti fasilitasi dan mediasi. Fasilitator dan mediator dapat berperan untuk memperlancar proses negosiasi yang sudah tertunda diantara para pihak yang bersengketa. Dengan kata lain, negosiasi adalah suatu proses struktur dimana para pihak yang bersengketa berbicara sesama mereka mengenai persoalan yang diperselisihkan dalam rangka mencapai persetujuan atau kesepakatan bersama.

Agar negosiasi dapat berjalan lancar, maka ketrampilan komunikasi dan wawasan para pihak sangat menentukan, terutama dalam menyampaikan kepentingan pihak lain. Komunikasi yang baik adalah komunikasi yang tidak agresif, dan tidak pula pasif, tetapi lebih bersifat

---

<sup>9</sup> Khotibul Umam, *Penyelesaian Sengketa Di Luar Pengadilan*, Cet. I, Yogyakarta: Pustaka Yustisia, 2010, hlm. 11.

asertif. Orang asertif berkomunikasi seperlunya, secara bijaksana, dan tepat sasaran, sehingga menguntungkan dirinya dan orang lain. Sebaliknya, orang agresif cenderung berbicara berlebihan sehingga merugikan pihak lain, sementara orang pasif cenderung tidak bicara sehingga merugikan diri sendiri.

Seseorang memerlukan proses pembelajaran panjang menjadi negosiator, mengingat manusia pada dasarnya tidak dilahirkan untuk menjadi negosiator. Negosiator memerlukan sejumlah keahlian (*skill*) yang akan membantunya menyelesaikan sengketa yang dihadapi. *Skill* tersebut dapat berupa kemampuan komunikasi, kemampuan mengajak para pihak ke meja perundingan, dan berbagai kemampuan lainnya.

*Skill* lain yang mesti dimiliki negosiator adalah terbuka dan peka terhadap perasaan dirinya dan orang lain, dapat menjadi pendengar yang baik, dapat berpikir jernih dalam mencari solusi kreatif, mampu menganalisis persoalan, dan bijaksana dalam mengambil keputusan. Kecakapan ini dapat diperoleh siapa saja asal ia melatih diri, sama halnya dengan *skill* pemain sepak bola profesional menggiring bola hingga masuk gawang. Ia menjadi amat cakap karena latihan yang terus-menerus. Demikian pula *skills* negosiasi dapat dipelajari, dilatih dan ditingkatkan.

Proses pembelajaran dan latihan peningkatan *skill* negosiator dapat diperoleh melalui sejumlah training atau dapat saja ditemukan dalam praktik kehidupan sehari-hari, baik dalam keluarga maupun dalam masyarakat. Aktivitas sejumlah orang dalam dua lingkungan ini acapkali



melahirkan persengketaan dan pertentangan yang memerlukan penyelesaian melalui jalur negosiasi atau jalur-jalur lainnya. Sebagai contoh, bayangkan dua anak yang bertikai tentang suatu persoalan, tetapi mereka mampu mengatasi masalah itu tanpa melibatkan orang tuanya. meskipun demikian, kadang-kadang tidak jarang orang tua terlibat dalam menyelesaikan masalah mereka dan memaksa anak untuk akur dan saling menerima satu sama lain. Pembelajaran anak dalam menyelesaikan persoalan mereka sendiri merupakan praktik negosiasi pada tingkat awal yang baik. Sedangkan tindakan orang tua memaksa anak untuk saling menerima dan akur satu sama lain, mencerminkan ketidakmampuan orang tua menjalankan negosiasi secara baik.

#### **4. Fasilitasi**

Fasilitasi merupakan suatu ketrampilan dalam proses penyelesaian sengketa (konflik), dimana fasilitator berusaha melakukan komunikasi dengan pihak yang bersengketa atau pihak yang berbeda pandangan dalam upaya membangun dialog untuk menjembatani perbedaan mereka. Dalam hal ini, pertemuan dan dialog tercipta karena berbagai komunikasi, persiapan dan aktivitas yang dilakukan sebelum, sesudah dan selama dialog, sehingga para pihak mempercayai proses yang ditawarkan fasilitator. Karena itu fasilitasi merupakan instrumen yang akan membantu proses dialog tersebut.

Tujuan utama fasilitasi adalah untuk mewujudkan kesepakatan bersama (*memorandum of understanding*) diantara para pihak yang

berkonflik, sehingga mendorong mereka untuk mencapai kesepakatan (agreement) dalam mengakhiri persengketaan atau konflik. Hal itu dimungkinkan karena proses fasilitasi, para pihak secara terbuka mengemukakan pandangan dan mendengarkan tuntutan pihak lain. Oleh karena itu, dalam melakukan fasilitasi, fasilitator dituntut untuk memiliki ketrampilan dan pemahaman yang menyeluruh terhadap kondisi budaya dan lingkungan para pihak.

Sejak awal sejarah manusia, fasilitasi telah berperan dalam proses pengelolaan atau penyelesaian konflik antar mereka. Konflik pertama umat manusia adalah pertentangan antara Habil dan Qabil, yang pada awalnya dicoba selesaikan melalui dialog yang difasilitasi Nabi Adam. Meskipun dialog dan fasilitasi ini gagal menyelesaikan konflik mereka, dan upaya Nabi Adam sebagai fasilitator pertama dalam sejarah manusia perlu menjadi catatan.

Sebagai salah satu bentuk penyelesaian sengketa, fasilitasi tidak akan berguna jika para pihak tidak benar-benar serius dalam upaya penyelesaian sengketa atau konflik mereka seperti halnya kasus Habil dan Qabil. Disamping itu, kecakapan fasilitator juga sangat menentukan. Fasilitator harus merupakan orang atau pihak yang netral yang memfasilitasi agar konflik dapat berakhir. Cita-cita dalam keberhasilan suatu fasilitasi.

Sebagai orang atau lembaga yang berusaha menyelesaikan sengketa dengan membangun ruang dialog antar pihak yang bertikai,

fasilitator selayaknya mengetahui peran dan strategi tertentu yang mesti diterapkan selama proses fasilitasi berlangsung. Pengetahuan dan teknik ini diperlukan dalam upaya menciptakan suatu kondisi fasilitasi yang kondusif dimana para pihak saling menghargai, memahami, terbuka dan bersedia menerima kritikan.

Beberapa sikap (peran) dan langkah konkret (strategi) yang mesti dikuasai oleh fasilitator adalah:<sup>10</sup>

*Pertama*, tegaskan peran dan sasaran sebagai fasilitator. Disini fasilitator berperan sebagai pihak yang netral yang berusaha menjembatani dan membangun dialog antar para pihak. Penegasan sikap netral ini memiliki arti penting untuk menghindari kecurigaan dan menepis dugaan bahwa fasilitator juga memiliki kepentingan terhadap penyelesaian sengketa atau konflik tersebut. Sasaran fasilitator adalah menciptakan suasana yang kondusif demi terwujudnya dialog yang terbuka, fair, dan demokratis. Oleh karena itu, fasilitator tidak berhak mengintervensi materi dialog, ia hanya bertanggungjawab atas berjalannya proses dialog dengan baik.

*Kedua*, fasilitator hendaknya mampu membantu para pihak dalam mengidentifikasi keinginan dan kebutuhan masing-masing, serta menciptakan aturan dialog yang disepakati kedua belah pihak. Identifikasi dan aturan dialog diperlukan agar proses dialog dapat berjalan secara terstruktur dan tidak melenceng jauh dari alur dan tujuan utamanya.

---

<sup>10</sup> Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, Jakarta: Sinar Grafika, 2004, hlm. 34.

*Ketiga*, fasilitator dapat menciptakan suasana yang memungkinkan para pihak untuk saling mendengarkan berbagai tuntutan dan keinginan mereka. Fasilitator juga harus memiliki strategi dan antisipasi jika emosi dan kepentingan para pihak mengemuka saat dialog. Dalam suatu dialog, para pihak umumnya cenderung berusaha untuk memaparkan persoalan dan argumen masing-masing, dimana mereka seringkali bersikap emosional dan tidak mau mendengarkan pihak lawan atau yang berseberangan dengannya. Untuk itu, fasilitator harus bersikap arif dalam mengupayakan berlangsungnya proses dialog yang bermanfaat bagi para pihak, sehingga mereka merasa didengar dan dihargai serta tidak ada dominasi salah satu pihak untuk kepentingan dirinya semata.

## **5. Arbitrase**

Arbitrase adalah salah satu bentuk penyelesaian sengketa di luar pengadilan, dimana para pihak yang bersengketa mengangkat pihak ketiga (arbiter) untuk menyelesaikan sengketa mereka. Keberadaan pihak ketiga sebagai arbiter harus melalui persetujuan bersama dari para pihak yang bersengketa. Persetujuan bersama menjadi penting bagi arbiter, karena keberadaannya berkait erat dengan peran arbiter dalam memberikan keputusan akhir. Arbiter memiliki kewenangan dan peran yang berbeda dengan mediator, walaupun sama-sama sebagai pihak ketiga yang membantu penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Arbiter tidak hanya menjembatani para pihak dalam proses negosiasi, mengatur pertemuan dan mendorong para pihak mencapai kesepakatan, tetapi ia memiliki

kewenangan menawarkan solusi sekaligus memberikan keputusan akhir. Mediator hanya berperan mengatur pertemuan, membantu negosiasi antara para pihak dan mendorong mereka mencari kesepakatan damai.<sup>11</sup>

Dalam proses arbitrase keputusan akhir yang diberikan oleh arbiter mengikat para pihak yang bersengketa. Keputusan yang diambil arbiter bukan didasarkan pada fakta-fakta hukum seperti dalam proses peradilan, tetapi didasarkan pada sejumlah kesepakatan yang terbangun dalam proses arbitrase. Dalam proses ini para pihak tetap didorong oleh arbiter mengungkapkan seluruh pokok masalah yang menjadi asal sengketa, dan diberikan kebebasan para pihak untuk mencari jalan penyelesaiannya. Peran arbiter dalam mencari kesepakatan damai amat penting, ketika para pihak sudah tidak menemukan lagi alternatif apa yang tepat guna menyelesaikan sengketa mereka. Disinilah arbiter dituntut memiliki ketrampilan menemukan solusi akhir yang dapat menyelesaikan sengketa para pihak.

Dalam menemukan solusi akhir, arbiter tidak semata-mata mengandalkan ketrampilan (*skill*) dalam menjembatani para pihak dan memfasilitasi pertemuan arbitrase, tetapi ia juga harus menguasai sejumlah pengetahuan terutama berkaitan dengan pokok sengketa. Ketrampilan yang dimiliki arbiter memang terlihat jauh lebih berat bila dibandingkan dengan ketrampilan yang dimiliki seorang mediator, karena seorang arbiter harus memberikan keputusan akhir. Dalam praktik jika proses mediasi

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, hlm. 72.

gagal, kecenderungan para pihak membawa sengketa mereka ke jalur arbitrase. Hal ini menandakan bahwa arbitrase sebagai tingkat terakhir dalam proses penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Barangkali inilah yang menjadi dasar perumusan persyaratan yang berbeda antara seorang arbiter dengan mediator.<sup>12</sup>

Dalam Undang-undang Arbitrase pasal 12 ayat 1 syarat-syarat yang dapat ditunjuk atau diangkat sebagai arbiter harus memenuhi ketentuan berikut:

- a. cakap melakukan tindakan hukum,
- b. berumur paling rendah 35 tahun,
- c. tidak mempunyai hubungan keluarga sederhana atau semenda sampai dengan derajat kedua dengan salah satu pihak bersengketa,
- d. tidak mempunyai kepentingan finansial atau kepentingan lain atas putusan arbitrase, dan
- e. memiliki pengalaman serta menguasai secara aktif dibidangnya paling sedikit 15 tahun.<sup>13</sup>

Arbiter sebagai pemegang kewenangan dalam memberikan keputusan dalam menyelesaikan sengketa di luar pengadilan ditegaskan dalam pasal 1 butir 7 UU No. 30 tahun 1999 tentang arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa, yaitu:

*“Arbiter adalah seorang atau lebih dipilih oleh para pihak yang bersengketa atau yang ditunjuk oleh pengadilan negeri atau oleh*

---

<sup>12</sup> Gatot Soemartono, *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2006, hlm. 126.

<sup>13</sup> Khotibul Umam, *Op.cit.* hlm. 106-107

*lembaga arbitrase, untuk memberikan putusan mengenai sengketa tertentu yang diserahkan penyelesaiannya melalui arbitrase”.*<sup>14</sup>

## 6. Adjudikasi

Adjudikasi berbeda dengan mediasi dan arbitrase, dimana pihak ketiga bertujuan untuk mengajukan pendapat atau memberikan keputusan. Para pihak yang menggunakan jalur adjudikasi sebagai jalur penyelesaian sengketa harus mengajukan bukti dan argumentasi terhadap tuntutan dan keinginan masing-masing mereka. Pihak ketiga (adjudikator) dapat juga memberikan argumentasi dan pandangannya dalam memutuskan sengketa para pihak. Posisi pihak ketiga dalam adjudikasi berbeda dengan posisi pihak ketiga dalam mediasi. Pihak ketiga mediasi hanya dapat menyarankan opsi guna dipertimbangkan dalam merumuskan suatu solusi. Pertimbangan dan rekomendasi mediator tidak dapat mengikat pihak manapun. Sedangkan dalam adjudikasi, pandangan *adjudikator* mengikat para pihak dalam menyelesaikan sengketa.<sup>15</sup>

Dalam adjudikasi, pembuat keputusan adalah pihak ketiga yang tidak berhadapan secara langsung dengan para pihak yang bersengketa (*disputans*). Pihak ketiga, bisa berupa seorang individu atau sejumlah orang yang menangani dan memiliki otoritas untuk melahirkan keputusan yang dapat menyelesaikan sengketa dari para pihak. Keputusan yang berisi kewajiban atau bebas dari kewajiban, sepenuhnya menjadi kewenangan adjudikator dan posisi para pihak hanyalah sebagai pemohon keputusan.

---

<sup>14</sup> Khotibul Umam, *Op.cit.* hlm. 102.

<sup>15</sup> Syahrizal Abas, *Medisai Dalam Persepektif Hukum Syariah, Hukum Adat, Hukum Nasional*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta 2009 hlm. 17-18.

Dalam merumuskan keputusannya, adjudikator harus mampu menghadirkan sejumlah informasi dan argumentasi yang dapat meyakinkan para pihak untuk menerima keputusan yang dibuat oleh adjudikator. Argumentasi adjudikator harus mampu dirasakan adil oleh para pihak yang bersengketa, sehingga mereka dapat menerimanya.<sup>16</sup>

Penekanan penting dalam proses adjudikasi adalah pengajuan fakta dan bukti dari masing-masing pihak kepada adjudikator, sehingga mampu mempengaruhinya dalam pembuatan keputusan. Oleh karena itu, tidak heran kalau salah satu pihak kadang-kadang bertahan pada argumentasinya dihadapan adjudikator, demi untuk mengurangi pengaruh pihak lain terhadap adjudikator. Dalam posisi ini, adjudikator harus berpikir kritis dan berusaha untuk melepaskan diri dari pengaruh dan dominasi argumentasi salah satu pihak yang bersengketa. Adjudikator dapat membujuk para pihak untuk melihat kembali fakta, penafsiran, penerapan aturan dan norma yang diajukan oleh masing-masing pihak. Secara otoritatif, adjudikator dapat mengabaikan sebagian dari argumentasi yang diajukan oleh masing-masing pihak.

Keberadaan adjudikator dalam penyelesaian sengketa didasarkan pada legitimasi dan otoritas baik berupa otoritas sosial, politik maupun autokratik. Pemenang otoritas ini cenderung diasumsikan memiliki kemampuan menyelesaikan sengketa, mampu mengakomodasikan kepentingan berbagai pihak, dan memiliki pola interaksi politik yang

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, hlm. 18



netral. Pada akhirnya, adjudikator adalah orang yang mampu menghasilkan keputusan yang tidak hanya memenuhi keinginan para pihak yang bersengketa, tetapi jauh lebih luas berdampak kepada kepentingan agama, moral, dan kultural yang ada dalam suatu komunitas masyarakat.

Otoritas yang dimiliki adjudikator juga ikut mempengaruhi para pihak dalam melaksanakan isi keputusan yang dibuatnya. Bahkan masyarakat pun dapat memberikan “tekanan” kepada pihak yang bersengketa untuk mewujudkan isi dari suatu keputusan adjudikator.<sup>17</sup>

## **B. Upaya Damai dalam Hukum Islam**

### **1. Pengertian Hakam**

Dalam studi hukum Islam (fiqh), istilah upaya damai yang disebut dengan “mediasi” kurang begitu masyhur. Mediasi yang diartikan dengan penyelesaian melalui jalur damai atau non litigasi dengan melibatkan pihak ketiga sejajar dengan cara penyelesaian kasus *syiqaq* yang melibatkan pihak ketiga yang disebut dengan istilah hakam. Hakam menurut kamus adalah arbiter (juru pisah atau wasit).<sup>18</sup> Hakam juga diartikan juru damai, yakni seseorang yang dikirim oleh kedua belah pihak suami istri apabila terjadi perselisihan antara keduanya, tanpa diketahui keadaan siapa yang benar dan siapa yang salah diantara kedua suami istri tersebut.

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, hlm. 19-21

<sup>18</sup> Hans Weht, *A Dictionary of Modern Written Arabic*, London: Mac Donald dan Evans Ltd., 1980, Cet. III, hlm. 196 .

Meskipun istilah ini sering disebut dalam kitab fiqh, namun kajian tentang hakam atau mediator kurang diesklore secara detail. Hal ini ditandai dengan (a) tidak banyaknya kajian hukum Islam di dalam kitab-kitab fiqh yang menyentuh persoalan-persoalan mediasi, dan (b) lemahnya tingkat sosialisasi serta aplikasi penyelesaian kehidupan masyarakat muslim dengan menggunakan hakam.

Hakam atau mediator hanya dijumpai dalam bab munakahah (perkawinan) tentang *syiqaq*, dimana hakam menjadi sangat penting ketika terjadi konflik antara suami dan istri. Dalam konteks ini dibutuhkan hakamain, yakni dua orang yang diutus dari pihak suami dan istri yang memiliki tugas sebagai fasilitator dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi oleh mereka.

## 2. Dasar Hukum Hakam

Dalam Al-Qur'an istilah hakam dimuat sebanyak tiga kali pada surat yang berbeda, yakni surat al-An'am ayat 114, surat al-Mu'min ayat 48 dan surat al-Nisa' ayat 35. Pada surat al-An'am ayat 114 kata *hakam* yang dimaksud adalah hakim/ *qadli* (seorang yang memutus perkara). Hakam pada surat al-Mukmin ayat 48 mempunyai pengertian menetapkan, yakni Allah telah menetapkan/ mentaqdirkan keputusan-keputusan hamba-Nya. Sedang pada surat al-Nisa' ayat 35, hakam yang dimaksud dalam surat tersebut adalah juru damai atau mediator, yakni seseorang yang profesional dan mau dalam mendamaikan antara dua orang atau kelompok. Dalam al-Qur'an surat al-Nisa' ayat 35 disebutkan bahwa:

وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا (النساء: 35)

Artinya: “Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya, Maka kirimlah seorang hakam dari keluarga laki-laki dan seorang hakam dari keluarga perempuan. jika kedua orang hakam itu bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami-isteri itu. Sesungguhnya Allah Maha mengetahui lagi Maha Mengenal”<sup>19</sup>.

Melihat ayat di atas, maka dapat diketahui bahwa proses penyelesaian sengketa dibutuhkan seorang hakam (juru damai) sebagai penengah dalam penyelesaian sengketa. Peran dari hakam disini sangat urgen dengan mengkomunikasikan para pihak yang bersengketa. Jadi, disini komunikasi merupakan hal penting dalam penyelesaian sengketa. Komunikasi secara langsung antara para pihak akan lebih produktif menyelesaikan sengketa. Hal tersebut dikuatkan oleh firman Allah dalam QS. Al-Hujurat ayat 9-10 sebagai berikut:

وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٩﴾ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ (الحجرات: 9-10)

Artinya: “Dan kalau ada dua golongan dari mereka yang beriman itu berperang hendaklah kamu damaikan antara keduanya! tapi kalau yang satu melanggar perjanjian terhadap yang lain, hendaklah yang melanggar perjanjian itu kamu perangi sampai surut kembali pada perintah Allah. kalau dia Telah surut, damaikanlah antara keduanya menurut keadilan, dan hendaklah

<sup>19</sup> Departemen Agama, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, Bandung: CV Diponegoro, 2003, hlm. 66.

*kamu berlaku adil; Sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berlaku adil. Orang-orang beriman itu Sesungguhnya bersaudara. sebab itu damaikanlah (perbaikilah hubungan) antara kedua saudaramu itu dan takutlah terhadap Allah, supaya kamu mendapat rahmat.*"<sup>20</sup>

Bentuk upaya damai selain mediasi di atas, juga menggunakan rekonsiliasi sebagai upaya damai efektif penyelesaian sengketa. Sebab rekonsiliasi merupakan jalan terbaik penyelesaian konflik diantara para pihak. Secara normatif, hal yang searah dengan upaya tersebut eksplisit masuk dalam rumusan al-Qur'an surat al-Nisa' ayat 114.

لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ جَوَاهِرِهِمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ  
وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاةِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا  
(النساء: 114)

*Artinya: "Tidak ada kebaikan pada kebanyakan bisikan-bisikan mereka, kecuali bisikan-bisikan dari orang yang menyuruh (manusia) memberi sedekah, atau berbuat ma'ruf, atau mengadakan perdamaian di antara manusia. dan barangsiapa yang berbuat demikian Karena mencari keredhaan Allah, Maka kelak kami memberi kepadanya pahala yang besar."*<sup>21</sup>

Kandungan ayat di atas merupakan lanjutan ayat sebelumnya yang mengatur bagaimana menyelesaikan konflik yang lebih ringan yang disebut dengan istilah *nusyuz*. Nusyuz adalah konflik yang berawal dan terjadi disebabkan oleh salah satu pihak, suami atau istri. Mekanisme penyelesaian konflik dalam kasus nusyuz di atur dalam al-Qur'an sebagaimana dijelaskan dalam surat al-Nisa' ayat 34 bahwa suami hendaknya mengatasi istrinya dengan berbagai cara, seperti memberikan

<sup>20</sup> *Ibid* hlm. 412

<sup>21</sup> *Ibid* hlm. 77.

peringatan (nasehat), memisahkan diri dari tempat tidur (*hijr*), atau memukul istri. Mahmud Syaltut dalam tafsirnya menjelaskan bahwa tiga tahapan bimbingan kepada istri disesuaikan dengan jenis kewanitaannya.

Menurut Imam Syafi'i tentang asal hakamain:

“Allah lebih mengetahui terhadap apa yang dikehendaki-Nya tentang kekhawatiran persengketaan, yang mana apabila kedua suami istri sampai bersengketa, Allah menyuruhnya Untuk mengutus seorang hakam (juru damai) dari pihak laki-laki (suami) dan seorang hakan (juru damai) dari pihak perempuan (istri).”<sup>22</sup>

Sedangkan Menurut pendapat ulama' ahli fiqh jika terjadi persengketaan antara keduanya, suami-istri, maka hendaklah penguasa setempat menyerahkan persoalannya kepada seorang yang jujur dan dapat dipercaya untuk menyelidiki perkaranya dan mencegah yang salah dan dzalim diantar keduanya agar tidak meneruskan kesalahan dan kedzalimannya itu. Tetapi jika persengketaan itu sudah berkepanjangan dan sudah menjadi makin gawat maka hendaklah perkaranya diserahkan kepada suatu team juri yang terdiri dari seorang kepercayaan fihak suami dan seorang kepercayaan fihak istri. Team juri atau pendamai ini mempelajari persoalan sengketa secara seksama dan memutuskan apa yang menjadi kebaikan bagi kedua belah pihak, berdamai dan berkumpul kembali atau berpisah dan bercerai.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Imam Abi Abdillah Muhammad Bin Idris Al-Syafi'i, *Al-Um*, Jilid 5, Darul Kutub All-Ilmiyah, Bairut Libanon, 204 H, hlm. 286 .

<sup>23</sup> Salim Bahreisy Dan Said Bahreisy, *Terjemah Singkat Tafsir Ibnu Katsier*, Jilid II, Bina Ilmu, Suarabaya 1984, hlm. 392

### 3. Syarat Hakam

Syarat-syarat menjadi hakam menurut jumhur ulama adalah orang muslim, adil, di kenal istiqamah, keshalihan pribadi dan kematangan berpikir, dan bersepakat atas satu keputusan. Keputusan mereka berkisar pada perbaikan hubungan dan pemisahan antara mereka berdua. Berdasarkan pendapat jumhur ulama, keputusan dua penengah ini mempunyai kekuatan untuk mempertahankan hubungan atau memisahkan mereka.<sup>24</sup>

Seorang hakam atau mediator harus memegang kode etik dalam menjalankan tugasnya, salah satu kode etik mediator adalah menjaga kerahasiaan substansi yang menyebabkan konflik para pihak. Kata *Ahlun* pada potongan ayat 35 surat Al-Nisa' (حكما من أهله وحكما من أهلها)

Diartikan dengan *Khabir* (*ahli dalam bidangnya atau professional*). Disamping itu kode etik yang harus dipegang oleh hakam, bahwa hakam bertugas untuk menyelesaikan masalah, bukan justru dengan hadirnya hakam akan semakin menambah rumitnya persoalan. Karenanya hakam harus mampu menjadi fasilitator yang arif dan bijak agar konflik yang diselesaikannya menghasilkan kesepakatan damai (*Win-Win Solution*).<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup>[http://abdurrozaq.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=72:pemberda-yaan-hakamain&catid=27:data-fikih&Itemid=41](http://abdurrozaq.com/index.php?option=com_content&view=article&id=72:pemberda-yaan-hakamain&catid=27:data-fikih&Itemid=41) diakses tanggal 2 juni 2010

<sup>25</sup> Muhammad Syaifullah, *Mediasi Dalam Tinjauan Hukum Islam Dan Hukum Positif Di Indonesia*, Cet I, Semarang Walisongo Press 2009 hlm. 19

Menurut Syihabudin Al-Lusi (1217-1270 H.), bahwasannya hubungan kekerabatan (untuk menunjuk hakim) tidak merupakan syarat sah untuk menjadi hakim dalam kasus syiqoq (perselisihan, percekocokan, permusuhan yang berawal dan terjadi pada keduabelah pihak suami dan istri secara bersama-sama). Sebab tujuan pokok dibutuhkanya hakim adalah untuk mencari jalan keluar dari kemelut rumah tangga yang dihadapi oleh pasangan suami istri dan ini dapat tercapai sekalipun bukan dari kedua belah pihak. Hal ini menjelaskan bahwa memilih hakim harus sungguh-sungguh dari kalangan profesional dan ahli dari bidang mediasi.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> *Ensiklopedi Hukum Islam 5*, Jakarta: PT Ichhtiyar Baru Van Hoeve, 1999 hlm. 1708.